



# Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle

Guillaume Protière

## ► To cite this version:

Guillaume Protière. Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle. RDP - RD publ. - Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2008, 1, p. 259-292. hal-00823910

**HAL Id: hal-00823910**

**<https://hal.science/hal-00823910>**

Submitted on 19 May 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle<sup>1</sup>**

Guillaume Protière

Docteur en Droit, Chargé d'enseignement à l'Université Lumière Lyon II

## **Sommaire**

### **I. LES PRINCIPES GENERAUX DE DROIT, UN ENSEMBLE DE REGLES STRUCTURANT LA COMPETENCE DU JUGE INTERNATIONAL ..... 7**

- A. LES PRINCIPES GENERAUX DE DROIT, UNE METHODE D'INTERPRETATION DU DROIT ..... 7
  - 1. Les principes généraux de droit, un mode de systématisation des droits internes par le juge international ..... 8
  - 2. Les principes généraux de droit, un outil jurisprudentiel détaché des droits internes ..... 11
- B. LES PRINCIPES GENERAUX DE DROIT, UN MOYEN POUR LE JUGE DE MAITRISER SA COMPETENCE ..... 13
  - 1. Les principes généraux de droit, des règles structurant l'office du juge international ..... 13
  - 2. Les principes généraux de droit, expression d'un idéal de justice par le juge international 16

### **II. LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT INTERNATIONAL, UN ENSEMBLE DE NORMES STRUCTURANT L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ..... 17**

- A. LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT INTERNATIONAL, DES NORMES STRUCTURANTES DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ..... 18
  - 1. Les principes généraux du droit international, des fondements de l'ordre juridique international déduits des sources classiques de ce droit ..... 18
  - 2. Le dualisme des principes généraux, consécration d'une certaine structuration de l'ordre juridique international par le Juge ..... 20
- B. LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT INTERNATIONAL, UN MOYEN POUR LE JUGE DE FAVORISER L'INTEGRATION DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ..... 22

\* \* \*

---

<sup>1</sup> Article paru dans la *Revue de droit public*, 2008, 1, pp. 259-292.

« Quelle que soit la position doctrinale qu'on prenne à l'égard de ces principes, qu'on les considère comme des émanations du droit naturel, ou comme des règles coutumières, ou comme des principes constitutionnels de la communauté juridique internationale, ou comme des principes consentis par les États du fait même qu'ils sont membres d'une communauté juridique, quelle que soit, dis-je, la position de chacun à l'égard de l'origine et du fondement de ces principes, tout le monde est d'accord pour accepter leur existence et leur application comme source de droit positif ».

Droit de passage (Inde c. Portugal), Arrêt du 12 avril 1960 (fond), C.I.J., opinion dissidente FERNANDES, *Recueil 1960*, pp. 136-137, § 35.

Le droit international a de tout temps été irrigué par une série de principes<sup>2</sup>, dont les appellations sont pour le moins diverses : « principes généraux de droit »<sup>3</sup>, « principes du droit international »<sup>4</sup>, « principes généraux du droit humanitaire »<sup>5</sup>, « principes du droit international coutumier »<sup>6</sup>, « principes généraux du droit international »<sup>7</sup>, « principes reconnus par les nations civilisées »<sup>8</sup>, ou plus récemment « principes intransgressibles »<sup>9</sup>. L'arbitrage international en a longtemps été le principal (si ce n'est unique) promoteur et utilisateur ; une sentence arbitrale sur deux mentionne ainsi des principes généraux du droit avant 1920<sup>10</sup> tandis que les conventions réglementant cette pratique en font des sources formelles de l'arbitrage<sup>11</sup>. Aussi, lorsque la Société des Nations décide de se doter d'une Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I.), il n'est guère surprenant que les principes généraux figurent parmi les sources devant être appliquées par le juge international. L'article 38 du Statut de la Cour complète toutefois l'expression, en mentionnant « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »<sup>12</sup> (nous soulignons) ; ce qui semble introduire une nuance par rapport à l'expression à laquelle recouraient jusqu'alors les arbitres internationaux. Le débat est d'ailleurs âpre au sein du Comité des juristes de la Société des

---

<sup>2</sup> Sur l'importance des principes en droit international, voir VIRALLY (M.), « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Le droit international en devenir. Essai écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, pp. 195-212.

<sup>3</sup> À titre d'exemples, voir Sud-Ouest africain (Seconde phase), Arrêt du 18 juillet 1966, C.I.J., *Recueil 1966*, p. 51 ou AVENA et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), Arrêt du 31 mars 2004, C.I.J., *Recueil 2004*, p. 12.

<sup>4</sup> « Lotus » (France – Turquie), Arrêt du 7 septembre 1927, C.P.J.I., Série A, n° 10.

<sup>5</sup> Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Arrêt du 27 juin 1986 (fond), C.I.J., *Recueil 1986*, p. 114, § 220.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 105, § 200.

<sup>7</sup> Rainbow-Warrior (Nouvelle-Zélande c. France), Sentence arbitrale du 30 avril 1990, *RGDIP*, vol. 94, 1990, 3, pp. 838 et suivantes ou États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Rapport du 12 octobre 1998, Organe d'appel de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, WT/DS58/AB/R.

<sup>8</sup> Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J., *Recueil 1951*, p. 21.

<sup>9</sup> Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J., *Recueil 2004*, p. 136, § 157.

<sup>10</sup> PELLET (A.), *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse, Paris, 1974, p. 31.

<sup>11</sup> Voir en ce sens, la Convention, non ratifiée, de La Haye (1907) relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises qui dispose que : « Si la question de droit à résoudre est prévue par une convention en vigueur entre le belligérant capteur et la puissance qui est elle-même partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite convention. // À défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux du droit et de l'équité », cité par DEHAUSSY (J.), « Sources du droit international. Introduction générale », *Jurisclasseur Droit international*, vol. 1, fasc. n° 10, 1958, p. 2. Nous soulignons.

<sup>12</sup> L'expression finalement retenue résulte d'un amendement du juriste américain Elihu ROOT à la formulation initialement proposée par le juriste belge, le Baron DESCAMPS, C.P.J.I., *Comité consultatif des juristes, Procès-verbaux des réunions du comité, 16 juin – 24 juillet 1920*, La Haye, 1920, pp. 306 & 316.

Nations, et la formulation retenue semble bien résulter d'un compromis<sup>13</sup>, qui permet de consacrer l'idée selon laquelle le droit international comprend d'autres normes que la coutume et les traités internationaux sans pour autant faire du juge un « législateur »<sup>14</sup>. Cette disposition est ensuite reprise telle quelle dans l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice (C.I.J.), créée en 1945. Les débats sont alors moins denses, peu d'attention étant accordée aux questions de vocabulaire. La seule véritable modification rédactionnelle relative au droit applicable par la Cour réside ainsi dans l'ajout de la mention du droit international dans la première phrase de l'article 38 du Statut, sans que cela emporte de véritables conséquences puisque l'application du droit international était implicite dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale<sup>15</sup>. Plus récemment, les juridictions pénales internationales (Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*<sup>16</sup> et Cour pénale internationale) se sont également référées à ces principes. La Cour pénale internationale peut en ce sens dégager, à défaut de dispositions utiles dans son Statut, dans les traités internationaux ou dans les principes et règles du droit international, des « *principes généraux* du droit [...] à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde »<sup>17</sup>.

La formulation retenue dans le Statut de la Cour de La Haye soulève depuis son entrée en vigueur de nombreuses questions, portant principalement sur l'origine et la normativité des principes figurant à l'article 38. Ces interrogations ont d'ailleurs été alimentées par l'extrême diversité des expressions dont usent les cours et tribunaux internationaux eux-mêmes pour qualifier les différents principes utilisés. Malgré celle-ci, il est néanmoins possible de procéder à une systématisation *a priori* et de les regrouper en trois grandes catégories : les principes généraux de droit (reconnus par les nations civilisées), les principes généraux du droit international et les principes indicatifs par lesquels la Cour internationale de Justice fait connaître sa position sur un thème d'un différend qui lui est soumis. On peut alors, toujours au regard de la jurisprudence internationale, proposer une définition stipulative de ces trois catégories. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, que nous abrégerons désormais principes généraux de droit, peuvent s'entendre comme des « normes

<sup>13</sup> DEGAN (V. D.), *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 52. *Contra* PELLET (A.), *Recherches sur les principes généraux de droit...*, *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>14</sup> Le baron DESCAMPS dira en ce sens que « les dispositions de l'article 38, paragraphe 1, lettre c, ne donnent pas aux juges un pouvoir nouveau, étant donné que l'application de ces règles est de pratique constante dans les juridictions internationales », Procès-verbaux, p. 316, cité in KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, P.U.F., 2000 (Préface de G. ABI-SAAB), p. 37.

<sup>15</sup> DEGAN (V. D.), *Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>16</sup> Les deux principaux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* sont le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), institué le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies afin de poursuivre et de juger les présumés responsables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie commis depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1991 et siégeant à La Haye (Pays-Bas), et le tribunal pénal international pour le Rwanda (T.P.I.R.), institué le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies afin de juger les personnes responsables d'actes de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda, ou par des citoyens rwandais sur le territoire d'États voisins, entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 1994 et siégeant à Arusha (Tanzanie). Bien que d'autres tribunaux *ad hoc* aient été créés (par exemple, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone décidé par la résolution 1315 du 14 août 2000 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies qui donne un mandat au Secrétaire général de l'ONU pour créer un tribunal de juridiction mixte devant juger les « principaux responsables de crimes contre l'humanité, crimes de guerre et de certains crimes prévus par le droit sierra léonais commis depuis le 30 novembre 1996 »), cette étude n'intégrera que les jurisprudences des T.P.I.Y. et T.P.I.R., auxquels leur ancienneté permet d'avoir développé une œuvre plus fournie.

<sup>17</sup> Article 21, 1, c du Statut de Rome de la Cour pénale internationale entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002. Nous soulignons.

juridiques non écrites, générales et impersonnelles, et acceptables par les juristes formés à tous les grands systèmes de droit actuels, bien qu'elles n'aient pas encore reçu d'application concrète »<sup>18</sup>. Ces principes, « communs aux systèmes juridiques des différents États du monde[,] constituent une source du droit international qui trouve son origine dans les divers droits nationaux »<sup>19</sup> ; il s'agit donc de règles que le juge développe à partir des expériences des différents systèmes juridiques. Les principes généraux du droit international signifient quant à eux « les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes »<sup>20</sup>. Il s'agit donc de normes propres à l'ordre juridique international, auquel elles confèrent une ontologie particulière. Cette catégorie pourra *a posteriori*, et selon des conditions à définir, en comprendre d'autres, telles les principes généraux du droit humanitaire, les principes du droit international coutumier, etc., en ce qu'elles participent également à l'affirmation et à la réglementation de problématiques propres à l'ordre juridique international. Enfin, les principes indicatifs par lesquels le juge international fait connaître sa position sur une question doivent s'entendre comme synonyme de règles indicatives devant dorénavant lier le comportement des États dans une situation donnée. La Cour semble dans ce cas établir une méthode destinée à régler certains problèmes pour lesquels les sources formelles mentionnées à l'article 38, paragraphe 1 du Statut doivent être interprétées, si ce n'est complétées<sup>21</sup>. Il en va ainsi par exemple en matière de délimitation des frontières maritimes<sup>22</sup>. Dans ce dernier sens, le terme principe s'analyse donc comme une règle non écrite, dont la portée normative est toutefois indéniable. L'emploi du terme « principe » répond alors sans doute à la volonté de la Cour d'individualiser la règle internationale<sup>23</sup> et de paraître limiter son œuvre « législative »<sup>24</sup>.

Envisagées à l'aune de la technique juridictionnelle, ces trois catégories de principes occupent trois fonctions distinctes dans les décisions rendues par la Cour : détermination de la compétence du juge pour les principes généraux de droit, motif de droit pour les principes généraux du droit international et dispositif de la décision pour la troisième catégorie<sup>25</sup>. Si elle

<sup>18</sup> PELLET (A.), *Recherches sur les principes généraux de droit...*, op. cit., p. 9.

<sup>19</sup> Texaco-Caliasiat c. Gouvernement libyen, Sentence arbitrale du 19 janvier 1977, *JDI*, vol. 104, 1977, p. 362, § 50.

<sup>20</sup> « Lotus » (France – Turquie), préc., p. 17.

<sup>21</sup> Sur le refus d'affirmer de tels principes : Le Procureur c. FURUNDZIJA, Chambre d'appel du T.P.I.Y., Arrêt du 21 juillet 2000, Aff. n° IT-95-17/1-A, § 238 : « L'Accusation fait valoir qu'en l'absence d'un régime de la peine consacré, il conviendrait que la Chambre d'appel énonce des *principes directeurs en la matière*, en se fondant sur les fonctions et les objectifs de la peine dans l'ordre juridique du Tribunal. Sans remettre en question l'éventuelle utilité de tels principes directeurs, la Chambre estime inapproprié d'en dresser une liste exhaustive et s'appliquant à toutes les espèces à venir alors que seules certaines questions se rapportant à la détermination de la peine lui sont à présent soumises. La Chambre se contentera donc de trancher les questions directement soulevées par cet appel ».

<sup>22</sup> Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), Arrêt du 10 octobre 2002 (fond), C.I.J., *Recueil* 2002, p. 441, § 288 : « La Cour a eu l'occasion de préciser à diverses reprises quels sont les critères, *principes* et règles de délimitation applicables à la détermination d'une ligne unique couvrant plusieurs zones de juridictions qui coïncident ». Nous soulignons.

<sup>23</sup> Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique), Arrêt du 12 octobre 1984, C.I.J., *Recueil* 1984, p. 313, § 158.

<sup>24</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant – Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. « Droit international », 2006, pp. 139-145. Voir également p. 149.

<sup>25</sup> Les principes généraux du droit peuvent en ce sens être conçus comme des « principes d'interprétation » tandis que les principes généraux du droit international font figure de « principes structurants » et les principes dégagés par le Juge international de « principes normatifs », KOLB (R.), « La maxime "*Qui habet commoda ferre debet onera et contra*" (Celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et *vice versa*) en droit international public », *R.B.D.I.*, 2004/1, p. 24.

témoigne de la réelle liberté de l'interprète international<sup>26</sup>, cette dernière fonction n'a toutefois pas donné lieu à une qualification *ad hoc* par le juge ou la doctrine internationaliste alors que cette catégorie diffère substantiellement des deux autres types de principes et ne semble pas pouvoir leur être rattachée. La différence de fonction rejaillit en effet sur la qualité même du principe. Si les deux premiers peuvent être conçus comme des « propositions premières dégagées de l'ensemble du système juridique par voie de synthèse, considérées comme exactes et susceptibles, en conséquence, de justifier des déductions dans l'ordre juridique »<sup>27</sup>, cette troisième catégorie est au contraire une norme déduite par le biais d'un syllogisme judiciaire. Face à cette indétermination et à la place particulière de ces principes dans la jurisprudence, ce type ne sera pas abordé dans cette étude, qui se concentrera sur les deux notions admises classiquement en doctrine.

Cette présentation *a priori* de la jurisprudence internationale, si elle clarifie les bases sur lesquelles appuyer la réflexion, n'annihile toutefois pas l'ensemble des équivoques, les expressions utilisées par les juges internationaux demeurant en effet multiples. Elle présente néanmoins l'intérêt de faire ressortir que l'ensemble des principes généraux (*de* ou *du* droit international) mentionnés par les juges internationaux remplissent une fonction argumentative. En cela, elle incite à rompre, au moins dans un premier temps, avec l'approche essentialiste portée par une partie de la doctrine<sup>28</sup>, et à lui préférer une approche fonctionnelle. En effet, la différenciation des deux notions par leur champ semble *a priori* insatisfaisante, en ce qu'elle conduit à dresser un classement de ces principes sans que les critères de classification<sup>29</sup> apparaissent véritablement tandis qu'une analyse fonctionnelle<sup>30</sup>, menée à partir d'un examen *in concreto* de la jurisprudence internationale, fournit un terrain d'étude plus certain pour dégager les caractères de ces deux notions. Privilégiant dans un premier temps l'acception fonctionnelle, on peut donc adopter la définition générique proposée par Philippe JESTAZ, selon laquelle « est principe la norme qu'on appelle ainsi pour lui attribuer, à tort ou à raison, une importance particulière »<sup>31</sup>. L'adjonction du complément « de/du droit » modifie alors simplement la fonction du principe évoqué. Deux fonctions principales – *normatrice* et *axiologique* – peuvent en ce sens être déduites<sup>32</sup>. Selon l'acception *normatrice*, les principes « éclairent et informent [la connaissance du droit positif] en fournissant aux

<sup>26</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international...*, op. cit., pp. 771-773.

<sup>27</sup> BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 472.

<sup>28</sup> Pour une présentation des différentes positions doctrinales, voir KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public...*, op. cit., pp. 1-79 et VITANYI (B.), « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" », *RGDIP*, 1982, pp. 48-116.

Pour un exemple général de définition essentialiste des principes, voir DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1995 (Trad. M.-J. ROSSIGNOL, F. LIMARE et F. MICHAUT), pp. 79-90 et pp. 141-151.

<sup>29</sup> Sur la distinction entre classification et classement, voir BURDEAU (G.), HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Manuel », 1999, 26<sup>e</sup> éd., pp. 108-109.

<sup>30</sup> « Le critère décisif, c'est [en effet] la *fonction* qu'une proposition est appelée à remplir à une période donnée de la vie juridique », KOLB (R.), « Les maximes juridiques en droit international public : questions historiques et théoriques », *R.B.D.I.*, 1999-2, p. 433. L'auteur souligne.

<sup>31</sup> JESTAZ (P.), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 225.

<sup>32</sup> De son côté, Robert KOLB, outre les deux fonctions mentionnées, en distingue également trois autres (la fonction logique, la fonction unificatrice et la fonction correctrice) que nous ne retiendrons pas dans notre étude. Il ne s'agit, nous semble-t-il, que de sous-catégories pouvant être subsumées dans les deux catégories retenues. Les fonctions *logique* et *unificatrice* relèvent ainsi de la fonction *axiologique* (il s'agit en effet dans les trois cas de préciser la place des principes généraux au sein de l'ordre juridique international et de son environnement) tandis que la fonction *correctrice* se rattache à la fonction *normative* (elles visent en effet toutes deux à mettre en exergue la fonction des principes généraux dans l'acte d'interprétation). Sur ces différentes fonctions, voir KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public...*, op. cit., pp. 74-79.

usagers et interprètes du droit les éléments logiques ou technico-formels susceptibles de contribuer à la compréhension et par là même à l'application et à l'évolution du droit positif »<sup>33</sup> tandis qu'au sens *axiologique*, ils apparaissent comme des « postulats éthiques porteurs des valeurs de base qui inspirent l'ordre juridique dans son ensemble (la justice, le bien commun ou intérêt général, la sécurité juridique, les bonnes mœurs, la paix, etc.) »<sup>34</sup>, permettant au juge d'ouvrir le système normatif à des considérations extérieures à ce système, afin de mieux justifier sa décision<sup>35</sup>. Cette approche fonctionnelle, outre la mise en évidence des différents usages des types de principes dans la jurisprudence internationale, devrait, dans un second temps, permettre de révéler les caractéristiques propres à chacune de ces deux catégories et de leur conférer des bases plus solides que celles que propose le courant essentialiste. Elle implique, à cette fin, que les principes généraux de droit et les principes généraux du droit international soient envisagés comme un tout notionnel, sans que l'on s'intéresse à l'existence particulière de tel ou tel principe. Les éléments composant ces notions ne seront alors que des exemples permettant d'éclairer les particularités du concept auxquels ils appartiennent.

Une autre dimension de la question, que nous retiendrons principalement, incite à retenir une approche fonctionnelle des principes généraux en droit international. L'article 38, paragraphe 1 c), du Statut établit en effet les principes généraux de droit comme *source formelle* du droit international<sup>36</sup>. Or, la notion de source du droit implique qu'une certaine fonction est attribuée aux principes généraux de droit, sans que l'on sache *a priori* s'il en va de même pour les principes généraux du droit international (qui ne sont pas expressément qualifiés ainsi). Aussi, convient-il dans un premier temps de définir ce qu'est une source du droit. Si Philippe JESTAZ, dans une étude à la *Revue trimestrielle de droit civil*, dégage cinq significations du mot « source » dans la langue juridique<sup>37</sup>, on en retient traditionnellement plutôt deux, distinguant entre les sources « matérielles » et « formelles ». Les premières désignent « les facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel, etc. »<sup>38</sup> tandis que les secondes « désignent, quant à elles, ou bien les différents modes d'édiction, les différents procédés de formulation des normes juridiques [...], ou bien les documents mêmes, les "actes" (ici on vise l'*instrumentum* et non le *negotium*) sur lesquels se trouvent consignées les édictions juridiques »<sup>39</sup>. Les sources matérielles et formelles s'opposent ainsi d'un point de

<sup>33</sup> A. E PEREZ LUNO cité par MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 724.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> KOSKENNIEMI (M.), « *General principles : Reflexions on Constructivist Thinking in International Law* », in KOSKENNIEMI (M.) (dir.), *Sources of International Law*, Burlington, Dartmouth Publishing Company Limited, 2000, pp. 378-379.

<sup>36</sup> Point désormais admis tant par les juges internationaux (Droit de passage (Inde c. Portugal), Arrêt du 12 avril 1960 (fond), C.I.J., opinion dissidente FERNANDES, *Recueil 1960*, pp. 136-137, § 35) que par la doctrine (KOPELMANAS (L.), « Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de Justice internationale », *RGDIP*, 1936, p. 285).

<sup>37</sup> JESTAZ (P.), « Source délicateuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD Civil*, 1993, pp. 73-75. Les deux premières acceptions sont avant tout sociologiques (« fondement idéologique » dans un cas et « forces sociales » dans un autre ; ces deux sens illustrent ainsi la proximité entre les notions de fondement et de source (cette définition sociologique des sources permet néanmoins à l'auteur d'en proposer une définition dynamique – il se rapproche en cela de Paul ROUBIER, in « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, t. I, Paris L.G.D.J., 1950, pp. 9-27), tandis que les trois autres acceptions s'avèrent plus classiques et correspondent *grosso modo* à la définition traditionnelle des sources formelles, qu'elles détaillent.

<sup>38</sup> AMSELEK (P.), « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, t. 27, 1982, p. 253.

<sup>39</sup> *Ibid.*

vue fonctionnel. Si les dernières sont conçues comme un ensemble de procédures juridiques permettant l'édiction de la norme, les premières apparaissent davantage comme des motifs (de fait et/ou de droit) justifiant le sens de la norme. En cela, les sources matérielles peuvent alors être rattachées aux fondements du droit<sup>40</sup>. « Fondement et source ne peuvent [en effet] mutuellement s'ignorer. Le droit étant un phénomène cohérent, l'un doit s'imprégner de l'autre. En d'autres termes, il doit exister une articulation, une charnière, entre l'essence (fondement) et l'existence (source). Cette passerelle, à notre sens, c'est les principes généraux de droit [*lato sensu*<sup>41</sup>] »<sup>42</sup>. Il s'avère malgré cela difficile d'établir *a priori* les rapports précis qui se tissent entre les qualifications de source/fondement et les fonctions assurées par les différents principes. Il semble néanmoins que cette différence pourra être utile afin de rattacher l'analyse à la question de la structuration de l'ordre juridique international (à laquelle les principes participent indéniablement) et de ne pas seulement livrer un classement des différents principes dans la jurisprudence internationale.

Forts de ces différents éléments, l'étude des deux principales catégories de principes retenues peut alors être envisagée. Si les *principes généraux de droit*, déduits de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut sont entendus comme un ensemble de règles structurant la compétence du juge international (I.), les *principes généraux du droit international* sont quant à eux utilisés comme des éléments de fond, grâce auxquels le juge participe à la structuration de l'ordre juridique international (II.).

## **I. Les principes généraux de droit, un ensemble de règles structurant la compétence du juge international**

L'article 38, paragraphe 1 c), du Statut érige les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées au rang de troisième source formelle du droit appliquée par la Cour internationale de Justice. Par cette disposition, les rédacteurs du Statut entendent permettre à la Cour de pouvoir statuer, même en cas de lacune des deux sources traditionnelles du droit international. Les principes généraux de droit s'opposent alors à elles, en ce que leur champ n'est pas précisément circonscrit, le *negotium* et l'*instrumentum* déduits sur ce fondement étant en effet compris essentiellement formellement. Les principes généraux de droit sont ainsi conçus comme une méthode d'interprétation du droit (A.), qui permet au juge de maîtriser sa compétence (B.).

### **A. Les principes généraux de droit, une méthode d'interprétation du droit**

Les principes généraux de droit, admis pour éviter tout *non-liquet*, sont caractérisés par leur origine, puisque le juge international s'inspire en ce cas des droits internes. Les principes généraux de droit font ainsi figure de mode de systématisation des droits internes (1.). L'analogie, mode opératoire au cœur de cette systématisation, laisse toutefois une large

---

<sup>40</sup> Le dictionnaire de l'Association Henri CAPITANT définit ainsi le fondement comme une « valeur, [une] référence de base (souvent associée à d'autres) sur laquelle repose une règle, une institution, un système juridique et qui en éclaire l'esprit ». Il s'agit donc d'un « motif juridique » ou d'un « moyen de justification » ; CORNU (G.) (Sous la direction), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Coll. « Quadrige », 2005, 7<sup>e</sup> éd., p. 412.

<sup>41</sup> L'auteur rattache en effet les principes généraux du droit international aux principes généraux de droit, KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 73.



liberté d'appréciation au juge international ; les principes généraux de droit, bien qu'inspirés des droits internes, en sont largement autonomes (2.).

1. Les principes généraux de droit, un mode de systématisation des droits internes par le juge international

En admettant les principes généraux de droit, le Comité des Juristes de la Société des Nations entendait couvrir les situations dans lesquelles le droit international serait lacunaire. L'article 38 du Statut doit ainsi permettre à la Cour de La Haye de pouvoir statuer, même en l'absence de traités ou de coutumes internationales. L'insertion des principes généraux de droit a alors un but : « *close the gap that might be uncovered in international law and solve this problem which is known legally as non-liquet* »<sup>43</sup>. Pour cela, la Cour est autorisée à recourir à des principes reconnus par les nations civilisées, c'est-à-dire à des normes, « acceptées par toutes les nations *in foro domestico* »<sup>44</sup>, qu'elle trouverait dans les différents systèmes juridiques du monde. Marquée par la volonté d'éviter tout *non-liquet*, la mention des principes généraux de droit apparaît ainsi comme une disposition visant à permettre au juge de statuer, même en l'absence de règles explicites<sup>45</sup>. En ce sens, elle ne peut être définie *a priori*, le juge en restant maître. Les membres du Comité des juristes d'abord, puis les juges ensuite, ont néanmoins fixé quelques règles de méthode, destinées à rationaliser les modalités de découverte de ces principes, qui peuvent être résumées par deux interrogations : d'où le juge déduit-il ces principes ? Comment les adapte-t-il aux exigences/particularités du droit international ? Ces considérations sont d'autant plus nécessaires que les juges internationaux ne recourent que très rarement à l'expression « principe général de droit » pour qualifier les principes affirmés sur le fondement de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Nombre de ces principes sont en effet affirmés sans qualification particulière tandis que pour les autres, les qualificatifs varient. Dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, seul l'avis consultatif *Demande en réformation du jugement n° 158 du T.A.N.U.*<sup>46</sup> utilise l'expression de manière positive<sup>47</sup>, tandis que les tribunaux pénaux internationaux l'emploient plus fréquemment. La Cour sous cette influence semble progressivement moins réticente à utiliser explicitement cette notion. La qualification jurisprudentielle des principes ne suffisant néanmoins toujours pas pour les identifier, la manière dont ils sont découverts constitue un plus sûr indice de leur qualité de principe général de droit.

La déduction d'un tel principe implique dans un premier temps d'en apprécier la généralité. « Le recours à de tels principes par le juge international n'est [en effet] possible que par le moyen d'un procédé d'abstraction qui, dépouillant leurs applications des particularités dont les a revêtues l'ordre interne, permette de les ramener à leurs aspects les

---

<sup>43</sup> SHAW (M. N.), *International Law*, Cambridge, University Press, 2003, 5<sup>e</sup> éd., p. 93.

<sup>44</sup> Selon l'expression de Lord PHILLIMORE, citée par BLONDEL (A.), « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice », *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, p. 203.

<sup>45</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase), Arrêt du 5 février 1970, C.I.J., *Recueil 1970*, p. 37, § 50.

<sup>46</sup> Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations-Unies (T.A.N.U.), Avis consultatif du 12 juillet 1973, C.I.J., *Recueil 1973*, p. 210, § 94.

<sup>47</sup> Pour une mention négative (c'est-à-dire par laquelle la Cour refuse de consacrer le principe général invoqué devant elle), voir le refus d'admettre le droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public (refus de l'*actio popularis*) – Sud-Ouest africain (Seconde phase), préc., p. 47, § 88 ou le refus d'examiner la règle de l'inadmissibilité invoquée par le Mexique – AVENA et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), préc., p. 61, § 127.

plus généraux et seuls vraiment universalisables »<sup>48</sup>. C'est pourquoi les conditions de leur découverte ont été envisagées très tôt dans la jurisprudence. Si on a tout d'abord estimé que les emprunts devaient essentiellement se concentrer dans les systèmes de droit privé<sup>49</sup>, cette position a très vite été tempérée. « Limiter [les principes généraux de droit] à des principes de droit privé ou à des principes généraux de procédure paraîtrait, du point de vue de l'interprétation littérale, insoutenable. Dans la mesure où ces "principes généraux de droit" ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme "droit" recouvre toutes les branches du droit »<sup>50</sup>. Force est néanmoins de constater que les principes affirmés par la Cour internationale de Justice<sup>51</sup> sont essentiellement déduits du droit civil<sup>52</sup>, tandis que les juridictions pénales s'inspirent, logiquement, des différents droits pénaux du monde<sup>53</sup>.

La généralité des principes ne signifie par ailleurs pas le caractère unanime de la pratique érigée en principe : « une majorité d'États ou de systèmes particulièrement représentatifs (*tradition romaniste* ; *common law*) peut s'avérer suffisante<sup>[54]</sup> selon les matières et les contextes »<sup>55</sup>. La Cour mentionne ainsi le « caractère généralement reconnu »<sup>56</sup> du principe qu'elle affirme ou encore son caractère « bien établi et généralement reconnu »<sup>57</sup> et, exceptionnellement, « universellement accepté »<sup>58</sup>. La Cour s'assure simplement que l'on retrouve cette pratique dans différents systèmes de droit et de façon suffisamment variée pour que l'on puisse y voir un « indice du *status conscientiae* des États »<sup>59</sup>, ou encore une illustration du « *paths which civilised mankind has learned in its long experience in the municipal sphere to be those leading to justice and which it would perforce have to follow if it wished to establish Law and Justice among Nations* »<sup>60</sup>. Cette conception pragmatique du caractère général des principes a d'ailleurs conduit la doctrine, et ce bien que la Cour n'ait

<sup>48</sup> VISSCHER (C. de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, p. 419.

<sup>49</sup> Statut international du Sud-Ouest Africain, Avis consultatif du 11 juillet 1950, C.I.J., opinion individuelle MC NAIR, *Recueil* 1950, p. 148.

<sup>50</sup> Sud-Ouest Africain (Seconde phase), préc., opinion dissidente TANAKA, *Recueil* 1966, pp. 294-295. Le juge poursuit ainsi quelques lignes plus loin : « Il y a [donc] lieu d'attribuer à l'épithète "généraux" le sens qu'elle revêt dans les expressions *théorie générale de droit, the general theory of law, die Allgemeine Rechtslehre*, ce sens étant : communs à toutes les branches du droit. Mais les "principes" eux-mêmes ont une très grande portée et on peut estimer qu'ils visent non seulement la théorie générale du droit mais encore la théorie générale de chaque branche de droit interne dans la mesure où elle est reconnue par les nations civilisées » (p. 295, l'auteur souligne).

<sup>51</sup> Il en va de même pour les arbitres internationaux. À titre d'exemple, voir *Whaling and Sealing Claims case* (États-Unis d'Amérique c. Russie), Sentence arbitrale du 29 novembre 1902, qui évoque les « principes du droit civil ». Sentence citée par DEGAN (V. D.), *Sources of International Law*, op. cit., p. 39.

<sup>52</sup> Sud-Ouest Africain (Seconde phase), préc., opinion dissidente TANAKA, *Recueil* 1966, p. 296.

<sup>53</sup> À titre d'exemple, Le Procureur c. Jean KAMBANDA, T.P.I.R., Jugement portant condamnation du 4 septembre 1998, Aff. n° ICTR-97-23-S, §§ 26-37.

<sup>54</sup> Pour la Cour internationale de Justice, Plateau continental de la Mer du Nord (Allemagne – Danemark), Arrêt du 20 février 1969, C.I.J., opinion dissidente KORETSKY, *Recueil* 1969, p. 157. Pour les juridictions pénales internationales, Le Procureur c. ERDEMOVIC (Aff. « Ferme de PILICA »), Chambre d'appel du T.P.I.Y., Arrêt du 7 octobre 1997, Aff. n° IT-96-22-A, opinion dissidente STEPHEN, § 25.

<sup>55</sup> KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public...*, op. cit., p. 49. L'auteur souligne.

<sup>56</sup> Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne), Arrêt du 26 juillet 1927 (Demande en indemnité – compétence), C.P.J.I., Série A, n° 9, p. 31.

<sup>57</sup> Effets des jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnités, Avis consultatif du 13 juillet 1954, C.I.J., *Recueil* 1954, p. 61.

<sup>58</sup> LAGRANDE (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), Arrêt du 27 juin 2001, C.I.J., *Recueil* 2001, p. 503, § 103.

<sup>59</sup> QUADRI, Cours général de droit international public, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, t. 113 (1964), p. 351, cité in VERDROSS (A.), « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public », in *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, op. cit., p. 525.

<sup>60</sup> CHENG (Bin), *General Principles of Law : As Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 386.

jamais explicitement consacré ce point, à admettre l'existence de principes généraux de droit *bilatéraux*, sur le modèle de la consécration des coutumes bilatérales<sup>61</sup> et selon l'idée que puisque le Comité des Juristes souhaitait une extension de la normativité internationale, le principe de l'effet utile doit jouer<sup>62</sup>. Le recours à ces principes ne saurait toutefois, pour ces auteurs, être que subsidiaire<sup>63</sup> puisque leur multiplication entraînerait un potentiel éclatement du droit international. Le seul exemple mentionné par les auteurs n'emporte toutefois pas la conviction.

Dans l'affaire *Statut juridique du Groenland oriental*, le gouvernement danois a développé dans ses répliques l'argument selon lequel la promesse orale jouit de la même force juridique que la promesse écrite, « principe extrêmement caractéristique et essentiel tant pour le droit du Danemark que pour le droit de la Norvège, [... faisant] partie "des principes juridiques généraux reconnus par les peuples civilisés" [*sic*], figurant à l'article 38, alinéa 2, du Statut de la Cour »<sup>64</sup>. Si la Cour admet que la déclaration orale du ministre des Affaires étrangères norvégien lie son État<sup>65</sup>, elle ne se prononce pas sur cette qualification, laissant dans le flou la qualité du principe utilisé. Deux éléments nous semblent démontrer que malgré l'argument du Danemark, ce principe n'est pas un principe général de droit. D'un point de vue juridique, et contrairement aux apparences, la dimension bilatérale de la pratique n'a guère d'incidence sur la position de la Cour qui fait face à une question générale portant sur les conditions de passation des accords internationaux. ANZILOTTI, quand il soutient dans une opinion dissidente jointe à cette décision « qu'il n'existe pas de *règles de droit international* qui exige que des accords de ce genre, pour être valables, soient faits par écrit »<sup>66</sup>, confirme cela. L'existence ancienne dans les droits danois et norvégien de cette règle n'a ainsi aucune incidence sur l'affirmation de ce principe par le Juge international. Ensuite, du point de vue de la technique juridictionnelle, il faut relever que la Cour, pour régler cette question propre à l'ordre international, ne met pas en œuvre la méthode de découverte des principes généraux de droit (aucune étude systématique des droits danois et norvégien n'est entreprise). Il ne s'agit donc pas d'un principe général de droit mais bien plutôt d'un exemple dans lequel la Cour systématise les sources formelles du droit et comble, par une interprétation constructive, une lacune de l'ordre juridique international ; le principe en question se rattache donc plutôt aux principes généraux du droit international. Si cet exemple confirme l'inexistence, à ce jour, de principes généraux de droit bilatéraux dans la jurisprudence internationale, il nous semble également illustrer la difficulté théorique à en admettre l'existence. Deux éléments soutiennent ce scepticisme. Du point de vue de la technique d'interprétation tout d'abord, la reconnaissance théorique de principes généraux de droit bilatéraux repose sur une conception assimilant le bilatéralisme des pratiques (source matérielle) et le bilatéralisme de la norme dégagée par voie d'induction (portée de la source formelle). Or, ce n'est pas parce que la pratique invoquée par les parties est bilatérale (factuellement) que la norme dégagée par le juge le sera aussi. Il n'existe en effet aucun lien causal entre fait et droit, la norme dégagée résultant d'un travail d'interprétation<sup>67</sup> qui l'abstrait de ses caractéristiques factuelles. La portée de la norme n'est donc pas prédéterminée par les sources matérielles du droit interprétées, mais dépend du seul travail de l'interprète. De plus, d'un point de vue normatif,

---

<sup>61</sup> Droit de passage sur territoire indien (Inde c. Portugal), Arrêt du 12 avril 1960 (fond), C.I.J., *Recueil* 1960, p. 6.

<sup>62</sup> En ce sens, KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public...*, *op. cit.*, p. 50-52.

<sup>63</sup> AKEHUSRT (M.), « *Equity and General Principles of Law* », *ICQL*, 1976, p. 825, cité in *ibid.*, p. 52.

<sup>64</sup> Statut juridique du Groenland oriental, Arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I., Série C, n° 63, p. 856.

<sup>65</sup> Statut juridique du Groenland oriental, Arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I., Série A/B, n° 53, p. 71.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 91. Nous soulignons.

<sup>67</sup> L'élément principal de ce travail consiste, pour les principes généraux de droit, dans l'étude de droit comparé permettant de vérifier que le principe en question est commun à une pluralité de systèmes juridiques.

une telle conception est inconciliable avec la *généralité* des principes généraux de droit. La « généralité » d'un principe peut en effet recouvrir deux significations ; conçue verticalement, elle renvoie à la dimension constitutive de la norme ainsi qualifiée tandis qu'appréhendée horizontalement, elle met en jeu l'étendue de la validité de la norme<sup>68</sup>. L'importance accordée à l'étude des pratiques avant de dégager un principe général de droit incite à penser que la généralité requise pour dégager cette catégorie de normes est envisagée « horizontalement ». Plus la pratique constatée est large, plus les principes apparaissent en effet légitimes et susceptibles d'être dégagés par le juge. Admettre le caractère bilatéral d'un principe général conduit alors à vider de son sens cette généralité ; ce qui revient sans doute par là même à nier leurs particularités. On ne peut donc que rejeter, au nom des caractéristiques propres des principes généraux de droit avec lesquelles elle est inconciliable, l'existence théorique de principes généraux de droit bilatéraux.

Caractérisés par leur mode d'affirmation, les principes généraux de droit apparaissent ainsi comme un instrument jurisprudentiel (il s'agit bien d'une méthode d'interprétation du droit développée par le juge), que ses conditions d'élaboration et d'utilisation autonomisent des droits internes.

## 2. Les principes généraux de droit, un outil jurisprudentiel détaché des droits internes

S'il en détermine la méthode d'affirmation, le juge reste toujours libre des conditions de la découverte des principes, la généralité de la pratique n'étant qu'un indice le guidant dans son travail. Concrètement, la recherche du degré de généralité du principe se traduit par une série d'études de droit comparé<sup>69</sup>. Le juge procède ainsi « à l'examen des juridictions dont la jurisprudence est disponible en pratique, afin de tenter de dégager une tendance générale, une doctrine ou un principe sous-tendant les règles concrètes de la juridiction en question qui soit compatible avec [sa] mission »<sup>70</sup>. Néanmoins, si le juge peut s'inspirer de l'expérience d'autres juristes ayant été confrontés à des questions similaires, il n'en conserve pas moins une liberté totale quant à la règle qu'il affirme, la généralité des pratiques n'étant qu'un indice qui ne le lie pas<sup>71</sup>. Ainsi, il « peut (cela s'est produit) opter pour une interprétation qui s'écarte de celle retenue dans certains systèmes juridiques. Une Chambre de première instance de ce Tribunal [le T.P.I.Y.] le peut également. Bien sûr, ce faisant, il serait logique qu'elle tienne compte des opinions les plus largement répandues. Mais la majorité n'a pas toujours raison ; une Chambre du Tribunal, tout comme une juridiction interne, peut donc s'engager dans une autre direction. *Pourquoi a-t-elle cette liberté ? Parce qu'elle ne fait que consulter l'expérience des autres et qu'elle n'est pas limitée par une règle découlant d'une norme de droit international coutumier* »<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> VITANYI (B.), « La signification de la "généralité" des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 543.

<sup>69</sup> À titre d'illustration, voir Le Procureur c. KUNARAC, Chambre d'appel du T.P.I.Y., Arrêt du 12 juin 2002, Aff. n° IT-96-23/1-A, §§ 170-172.

<sup>70</sup> Le Procureur c. ERDEMOVIC, préc., opinion conjointe MAC DONALD et VOHRAH, § 57.

<sup>71</sup> « Pour parvenir à un principe général relatif à la contrainte, nous avons mené un examen limité du traitement de la contrainte dans les systèmes juridiques mondiaux. Cet examen est, par nécessité, d'une portée limitée et ne constitue pas une analyse comparative exhaustive. Son objectif est, dans la mesure du possible, d'en retirer un "principe général de droit" qui serve de source de droit international », *ibid.*, § 58.

<sup>72</sup> Le Procureur c. FURUNDZIJA, 21 juillet 2000, préc., déclaration SHAHABUDEEN, § 10. Nous soulignons.

Les résultats de l'analyse de droit comparé menée sont alors adaptés à l'ordre juridique international. Cette adaptation, qui prend la forme de l'analogie<sup>73</sup>, peut être expliquée par plusieurs facteurs. Elle est tout d'abord rendue nécessaire par l'autonomie du juge et de l'ordre juridique international par rapport aux qualifications du droit interne. La Chambre d'appel du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi considéré qu'elle « ne saurait se fonder uniquement sur la jurisprudence d'un système particulier pour déterminer les principes juridiques applicables »<sup>74</sup>. Cela n'empêche toutefois pas le juge international d'envisager les rapports qui se nouent entre les notions en droit interne et en droit international. Simplement, en cas de reprise par le droit international d'une notion du droit interne, le juge doit se montrer prudent et rechercher le sens de l'emprunt<sup>75</sup>, afin de « déterminer si le contexte général des procédures internationales et l'objet des dispositions qui les régissent délimitent avec suffisamment de précision le champ et l'objectif de la notion ainsi que son rôle dans le cadre international. Ce n'est que si cet examen aboutit à des conclusions négatives que l'on est en droit de prendre dans la législation et la jurisprudence nationales des théories ou des termes juridiques nationaux *tels qu'ils sont conçus et interprétés* dans le contexte national et de les appliquer »<sup>76</sup>. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice, qui est confrontée à l'inexistence de normes internationales applicables, recourt ainsi à la conception interne de la société et de l'actionnaire. Elle estime alors que si elle « devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel. C'est pourquoi, [...], non seulement la Cour doit prendre en considération le droit interne mais encore elle doit s'y référer. C'est à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions, et non au droit interne d'un État donné, que le droit international se réfère. Quand elle fait appel à ces règles, la Cour ne saurait les modifier et encore moins les déformer »<sup>77</sup>. Le recours au droit interne est dans ce cas rendu impératif par les lacunes de l'ordre juridique international, que la Cour analyse comme une référence implicite aux concepts relevant du droit interne. Adoptant en ce cas une lecture moniste du droit, la Cour retient une conception restrictive de sa compétence<sup>78</sup> ; elle s'interdit en effet toute prise de liberté à l'égard des règles déduites du droit interne, qu'elle assimile alors à des règles de droit international. La Chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a quant à elle construit, dans la

<sup>73</sup> Colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, Avis consultatif du 10 septembre 1923, C.P.J.I., Série B, n° 6, pp. 37-38. Sur cette technique, voir KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international...*, op. cit., pp. 710-756.

<sup>74</sup> Le Procureur c. MUCIC et consorts (Aff. « CELEBICI »), Chambre d'appel du T.P.I.Y., Arrêt du 20 février 2000, Aff. n° IT-96-21-A, § 611.

<sup>75</sup> « Dès lors que des dispositions internationales incluent des notions et des termes juridiques consacrés tirés du droit pénal national, l'interprète doit d'abord essayer de savoir si ces notions ou ces termes prennent un sens *totalement indépendant* dans le contexte international, c'est-à-dire si, une fois transposés au plan international, elles acquièrent une nouvelle dimension, absolument indépendante de leur signification originelle. S'il apparaît que tel n'est pas le cas, le juge international doit tenter d'évaluer si la transposition dans la procédure internationale suppose que la notion ou le terme doivent être *adaptés* ou *ajustés* pour satisfaire aux caractéristiques des procédures internationales », Le Procureur c. ERDEMOVIC, préc., opinion dissidente CASSESE, § 6. Souligné dans le texte.

<sup>76</sup> *Ibid.* Nous soulignons.

<sup>77</sup> *Barcelona Traction*, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase), préc., p. 37, § 50.

<sup>78</sup> L'affaire *Barcelona Traction* constitue sans doute la décision dans laquelle la Cour a la conception la plus restrictive de sa compétence. Mais il est vrai que cette décision est rendue en pleine phase d'« involution de la jurisprudence vers le procéduralisme et vers la stagnation », KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international...*, op. cit., p. 354.

décision *FURUNDZIJA* (1998), la recherche d'une définition du viol sur les éléments de droit interne, faute de trouver les dispositions nécessaires dans l'ensemble des normes du droit international<sup>79</sup>. Elle a alors procédé à leur systématisation pour se doter des moyens de résoudre l'affaire qui lui était soumise, conformément à la méthode dégagée plus haut.

L'adaptation des notions de droit interne a toutefois suscité des réserves de la part de certains juges internationaux qui, doutant de la compatibilité des problématiques internes et internationales, en ont retenu une conception volontairement limitée. Le juge CASSESE a ainsi expliqué qu'« on ne peut justifier le fait de s'appuyer sur des notions ou des concepts juridiques, tels qu'ils apparaissent dans un système juridique national, que si les règles internationales font *explicitement* référence au droit national ou si le contenu et la nature mêmes du concept *impliquent nécessairement* une telle référence »<sup>80</sup>. Si cette position est pour le moins restrictive – aucune norme n'impose en effet de telles contraintes au juge, elle illustre néanmoins la nécessaire prudence des juridictions internationales dans le choix des principes auxquels elles recourent. En ce sens, le juge STEPHEN considère que le champ des références doit avant tout viser les principes du raisonnement juridique et les traitements analogues en droit interne, c'est-à-dire ceux qui sont le moins à même de prêter à discussion en ce qu'ils seraient inhérents à toute fonction juridictionnelle, indépendamment des particularités du système juridique dans lequel le juge opère. La fonction allouée aux principes semble en ce sens conditionner le champ de cette notion, qui se trouve cantonnée à des considérations de technique jurisprudentielle. Nonobstant la conception prudente des principes généraux de droit qu'elles proposent, ces dernières remarques n'infirment pas la conception générale qui se dégage de l'analyse de la jurisprudence et des opinions des juges. Les principes généraux de droit apparaissent ainsi conçus comme une procédure assez souple de création du droit, qui laisse au juge une marge d'appréciation. Par ce biais, le juge, même s'il en retient une conception restrictive comme dans l'affaire *Barcelona Traction*, maîtrise assez largement sa compétence.

## B. Les principes généraux de droit, un moyen pour le juge de maîtriser sa compétence

Méthode d'interprétation du droit, les principes généraux de droit constituent un instrument souple que le juge utilise pour maîtriser sa compétence. Deux éléments soutiennent ce constat. L'analyse matérielle des différents principes généraux de droit révèle dans un premier temps que le juge les utilise essentiellement pour structurer son office (1.) ; les juges semblent alors s'en servir afin d'exprimer un certain idéal de justice (2.).

### 1. Les principes généraux de droit, des règles structurant l'office du juge international

---

<sup>79</sup> « La présente Chambre de première instance fait observer qu'aucun autre élément que ceux mis en évidence ne peut être tiré du droit international conventionnel ou coutumier, de même que ne sont d'aucun secours les principes généraux du droit pénal international ou ceux du droit international. La Chambre de première instance estime, par conséquent, que pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis (*principle of specificity*, *Bestimmtheitsgrundsatz*, exprimé par le brocard latin *nullum crimen sine lege stricta*), il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. On peut, avec toute la prudence nécessaire, dégager ces principes du droit interne », Le Procureur c. *FURUNDZIJA*, Chambre de première instance du T.P.I.Y., Arrêt du 10 décembre 1998, Aff. n° IT-95-17/1-T, § 177. Nous soulignons.

<sup>80</sup> Le Procureur c. *ERDEMOVIC*, préc., opinion dissidente CASSESE, § 3. L'auteur souligne.

Le recours aux principes généraux de droit par le juge international est caractérisé, ainsi qu'il vient d'être vu, par une réelle liberté du juge dans l'usage de l'article 38, paragraphe 1 *c*), du Statut. Le juge ne semble entravé par aucune contrainte matérielle autre que celles impliquées par les exigences de forme (c'est-à-dire essentiellement la condition d'universalité<sup>81</sup>). Cette liberté formelle ne se traduit toutefois pas par une extrême diversité du champ des différents principes (alors envisagés *ut singuli*). L'analyse matérielle de la jurisprudence internationale révèle en effet que les principes déduits sur le fondement de l'article 38, paragraphe 1 *c*) se rapportent essentiellement à la détermination des conditions de son office par le juge. L'avis consultatif relatif à la *Demande en réformation du jugement n° 158 du T.A.N.U.*<sup>82</sup> consacre en ce sens les garanties procédurales fondamentales<sup>83</sup> comme « principes généraux de droit ». De son côté, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déduit de son règlement qu'elle pouvait « adopter [en s'appuyant sur « les sources habituelles du droit international, dans ce cas précis, en l'absence de toute référence à ce moyen de défense en droit coutumier ou conventionnel, [sur] les principes généraux du droit reconnus par toutes les nations »] non pas des règles créant de nouvelles infractions, mais des règles de procédure et de preuve pour des questions qui relèvent de [sa] compétence »<sup>84</sup>. Elle circonscrit ainsi le champ des principes généraux de droit aux règles procédurales qui permettent au juge de modeler son office. La tendance dégagée de ces deux décisions est par ailleurs confirmée par une analyse plus générale de la jurisprudence internationale. Les principes affirmés sur le fondement de l'article 38, paragraphe 1 *c*), du Statut peuvent ainsi être classés en trois catégories. La première se rapporte à la détermination de sa compétence par le juge<sup>85</sup> tandis que les deux autres sont relatives soit aux règles de l'interprétation<sup>86</sup>, soit à celles de l'instance<sup>87</sup>. L'ensemble de ces

<sup>81</sup> Sous réserve des conditions mentionnées *supra* au point précédent.

<sup>82</sup> Demande de réformation du jugement n° 158 du T.A.N.U., préc., p. 210, § 94.

<sup>83</sup> Tribunal indépendant et impartial, Respect d'un délai raisonnable, Motivation de la décision...

<sup>84</sup> Le Procureur c. MUCIC et consorts (Aff. « CELEBICI »), préc., § 583. Souligné dans le texte.

<sup>85</sup> Principe de la neutralité du juge (Interprétation de l'accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926, Avis consultatif du 28 août 1928, C.P.J.I., Série B, n° 16, p. 20) ; Principe général des pouvoirs implicites (Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (1948-1949), Avis consultatif du 11 avril 1949, C.I.J., *Recueil 1949*, pp. 182-183) ; Principe selon lequel aucun différend ne peut être tranché devant la Cour sans le consentement des États (Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique), Arrêt du 15 juin 1954 (Question préliminaire), C.I.J., *Recueil 1954*, p. 19), même si le différend met en jeu des règles de valeur *erga omnes* (Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), Arrêt du 3 février 2006 (Compétence de la Cour et recevabilité de la requête), C.I.J., *Recueil 2006*, p. 44, § 125).

<sup>86</sup> Principe du texte clair (Paiement des emprunts serbes émis en France, Arrêt du 12 juillet 1920, C.P.J.I., Série A, n° 20, p. 30 et Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase), Arrêt du 6 décembre 1930, C.P.J.I., Série A, n° 24, p. 13) ; Portée de l'interprétation (Jaworzina, Avis consultatif du 6 décembre 1923, C.P.J.I., Série B, n° 8, p. 37 et Accès aux écoles minoritaires allemandes en Haute-Silésie, Avis consultatif du 15 mai 1931, C.P.J.I., Série A/B, n° 40, p. 19) ; Définition de la notion de différend (Concessions Mavrommatis en Palestine, Arrêt du 30 août 1924, C.P.J.I., Série A, n° 2) ; Possible recours aux travaux préparatoires en cas de doute sur le sens d'une disposition (Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine et de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Avis consultatif du 4 février 1932, C.P.J.I., Série A/B, n° 44, p. 33) ; Référence à la liberté contractuelle pour comprendre les rapports conventionnels (Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J., *Recueil 1951*, p. 21) ; Autonomie des qualifications entre le droit interne et le droit international (Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), Arrêt du 20 juillet 1989, C.I.J., *Recueil 1989*, p. 51, §§73-74) ; Création d'un tribunal par une loi (Le Procureur c. TADIC (Jugement), Chambre d'appel du T.P.I.Y., Arrêt du 2 octobre 1995, Aff. n° IT-94-1-AR72).

<sup>87</sup> Principe selon lequel le dommage doit être entièrement réparé (Vapeur Wimbledon, Arrêt du 17 août 1923, C.P.J.I., Série A, n° 1, p. 32) ; Principe de l'égalité entre les parties (Jugement du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O., Avis consultatif du 23 octobre 1956, C.I.J., *Recueil 1956*, p. 85) ;

considérations « s'accorde [alors] avec l'observation de WALDOCK selon laquelle "les principaux domaines auxquels on estime que ces principes s'appliquent sont soit les principes généraux de la responsabilité juridique et de la réparation des violations des obligations internationales, soit l'administration de la justice" »<sup>88</sup>. Le juge STEPHEN quand il assimile ces principes, à la suite de BROWNLIE, « aux principes du raisonnement juridique »<sup>89</sup> confirme que cette notion, essentiellement procédurale, conduit à l'affirmation de règles de procédure. La référence aux principes généraux de droit remplit alors une double fonction en permettant aux juges de combler les lacunes du droit international concernant le fonctionnement des juridictions internationales et d'en affirmer une conception commune, inspirée des règles appliquées dans les ordres juridiques internes. Les principes généraux de droit apparaissent ainsi comme un moyen pour les juges d'harmoniser les principes applicables aux actions en justice<sup>90</sup>.

Il est d'ailleurs remarquable que tant la Cour permanente de Justice internationale<sup>91</sup> que la Cour internationale de Justice<sup>92</sup> ou les tribunaux pénaux internationaux<sup>93</sup> aient très tôt dans leur existence affirmé le principe, identique, selon lequel le juge détient la compétence de déterminer sa propre compétence. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie est la juridiction qui détaille le plus les fondements de ce principe, considérant que « ce pouvoir, appelé principe de "*Kompetenz-Kompetenz*" en allemand ou "la compétence de la compétence" en français, est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa "compétence de déterminer sa propre compétence". Ce principe est un élément constitutif nécessaire dans l'exercice de la fonction judiciaire et il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux »<sup>94</sup>. Le juge pénal international, à l'instar de la Cour internationale de Justice, justifie ainsi sa compétence en invoquant un principe général de droit, entendus comme règle de procédure. Il est d'ailleurs possible d'admettre que le principe de la maîtrise de sa compétence par le juge sous-tend sa capacité de dégager tous les autres. C'est en effet parce que le juge est maître de sa compétence, comprise d'un point de vue

---

Principe selon lequel la loi particulière déroge à la loi générale (Droit de passage sur territoire indien (Inde c. Portugal), Arrêt du 12 avril 1960 (fond), préc., pp. 43-44) ; Charge de la preuve (Temple de Préah Vihear, Arrêt du 15 juin 1962 (fond), C.I.J., *Recueil* 1962, p. 16) ; Distinction entre les différentes étapes de la procédure (Sud-Ouest africain (Seconde phase), préc.) ; Mention des principes généraux applicables à une action en justice (Demande de réformation du jugement n° 158 du T.A.N.U., préc.) ; Principe selon lequel les parties à un différend doivent s'abstenir de prendre des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable au regard de l'exécution de la décision (implicitement – Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, Ordonnance du 5 décembre 1939, C.P.J.I., Série A/B, n° 79, p. 199 ; puis explicitement – LAGRANT (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), préc.) ; Autorité de la chose jugée (Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro), Arrêt du 26 février 2007, C.I.J., *Recueil* 2007, § 120).

<sup>88</sup> Le Procureur c. FURUNDZIJA, 21 juillet 2000, préc., déclaration SHAHABUDEEN, § 2.

<sup>89</sup> Le Procureur c. ERDEMOVIC, préc., opinion dissidente STEPHEN, § 65.

<sup>90</sup> Cette harmonisation progressive par l'affirmation de principes généraux de procédure paraît d'ailleurs corroborée par le Statut de la Cour pénale internationale, dont les articles 22 à 33 dressent une liste des « principes généraux du droit pénal ». Ceux-ci apparaissent alors, à l'instar des principes généraux de droit de l'article 38, paragraphe 1 c), et nonobstant la différence rédactionnelle, comme un ensemble d'instruments permettant au juge d'exercer et de maîtriser sa compétence. L'usage de la Cour internationale de Justice et de la Cour pénale internationale semble ainsi illustrer l'idée que ces principes permettent au juge international de maîtriser les conditions (endogènes) de son travail.

<sup>91</sup> Interprétation de l'accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926, préc.

<sup>92</sup> NOTTEBOHM (Liechtenstein c. Guatemala), Arrêt du 18 novembre 1953 (Exceptions préliminaires), C.I.J., *Recueil* 1953, p. 119.

<sup>93</sup> Le Procureur c. TADIC (Jugement), préc.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 18.



formel, qu'il peut dégager les autres principes généraux de droit relatifs aux conditions de son interprétation ou de l'instance. L'affaire *TADIC* illustre ainsi parfaitement la dimension procédurale des principes généraux de droit, confirmant les constats établis précédemment. La fonction de l'article 38, paragraphe 1 c) apparaît ainsi nettement : la mention des principes généraux de droit fournit au juge international les moyens de son office.

## 2. Les principes généraux de droit, expression d'un idéal de justice par le Juge international

Les principes généraux de droit permettent au juge de maîtriser les conditions de son intervention. Bien plus, ils apparaissent comme un instrument que le Juge utilise pour structurer son travail et lui donner une signification qui dépasse le travail jurisprudentiel. Deux séries d'éléments illustrent cette tendance. Le juge se reconnaît tout d'abord la possibilité d'écarter l'application d'un principe général de droit. On peut en ce sens relever que le juge se reconnaît la liberté d'écarter un principe général de droit s'il l'estime nécessaire. Le seul tempérament admis par la Cour réside alors dans l'obligation pour le juge de mentionner expressément la mise à l'écart du principe et de la motiver<sup>95</sup>. La généralité du principe n'induit donc aucun caractère obligatoire de la norme énoncée (contrairement aux autres principes généraux (du droit) que le juge affirme – voir *infra*). Il ne semble toutefois pas faire de doutes que les principes « découverts » soient des normes puisque le juge comble, grâce à eux, les lacunes du droit international<sup>96</sup> et assure ainsi les conditions de son intervention. L'affaire *Golfe du Maine* (1984) renforce par ailleurs indirectement cette idée. Confrontée à l'interprétation d'une disposition selon laquelle « la Chambre est priée de statuer conformément aux règles et principes du droit international applicables en la matière entre les Parties »<sup>97</sup>, la Cour estime alors que « l'association des termes "règles" et "principes" [correspond à] une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental »<sup>98</sup>, confirmant l'assimilation entre principe et règle de droit.

Néanmoins, les caractéristiques propres de la notion et la fonction que lui attribue le juge international en font des normes particulières. La déclaration du juge SHAHABUDEEN est en ce sens très claire : « Ces principes "ne sont pas tant des généralisations résultant de l'application du droit comparé [...] que des illustrations d'un sentiment commun profond de ce qui est juste au regard des circonstances". Ils "expriment, en substance, ce que l'on a décrit comme une moralité socialement réalisable" »<sup>99</sup>. Ils font alors office de « critères de justice cherchant à concrétiser leur contenu en des normes plus détaillées et à secourir l'opérateur dans ses choix concrets »<sup>100</sup>. Les principes « forment une constitution matérielle, d'ordre

---

<sup>95</sup> « Une telle décision, prise en dérogation du principe général et imposant à l'une des parties l'obligation de rembourser les frais de son adversaire, ne doit pas seulement être expresse, elle doit énoncer ses motifs », Demande de réformation du jugement n° 158 du T.A.N.U., préc., p. 212, § 98.

<sup>96</sup> Ce constat ne vaut pas que pour les juridictions internationales et peut être élargi aux juridictions régionales. À titre d'exemple, *GOLDER c. Royaume-Uni* (Requête n° 4451/70), Cour européenne des Droits de l'Homme, Arrêt du 21 février 1975, § 35.

<sup>97</sup> Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique), préc., p. 288, § 79. Souligné dans le texte.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> Le Procureur c. FURUNDZIJA, 21 juillet 2000, préc., déclaration SHAHABUDEEN, § 6.

<sup>100</sup> KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public...*, op. cit., p. 57

éthique et juridique, propre à une société donnée »<sup>101</sup>, qu'il appartient au juge de déduire des droits nationaux et de concrétiser en droit international. En ce sens, « *principles [...] provide knowledge of the values and goals of the legal order. [...] They characterize the legal order in a very general fashion allowing the Court to perceive it in a meaningful way* »<sup>102</sup>. Du point de vue fonctionnel, la mention des principes est alors essentiellement argumentative ; elle permet au juge de modeler les conditions de son intervention conformément aux besoins de l'ordre juridique. Il est en ce sens important de relever que les principes généraux de droit ne servent jamais de motifs aux décisions rendues<sup>103</sup> ; « *no decision of the Court, or indeed of the Permanent Court, has yet been based explicitly upon a principle or rule of law drawn from the 'general principles of law recognized by civilized nations' referred to in Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute* »<sup>104</sup>. Règles de forme, ils servent exclusivement à définir la compétence du juge international.

Au terme de cette section, les principes généraux de droit sont caractérisés par une fonction particulière dans la jurisprudence internationale, qu'illustrent tant l'acception procédurale de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut développée par les juges que les principes découverts. L'ensemble de ces éléments démontre que les principes généraux de droit constituent des outils permettant au juge de maîtriser les conditions de son office. En cela, cette disposition dépasse ce qu'en attendaient ses rédacteurs. Par ce biais, le juge international a en effet pu, au gré de ses besoins, travailler à la juridictionnalisation de ses conditions de fonctionnement et de son œuvre. De leur côté, les principes généraux du droit international occupent une fonction différente dans la jurisprudence internationale ; ils apparaissent comme des éléments de fond permettant au juge de participer à la construction et à la structuration de l'ordre juridique international.

## **II. Les principes généraux du droit international, un ensemble de normes structurant l'ordre juridique international**

Contrairement aux principes généraux de droit, qui figurent à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice, les principes généraux du droit international ne jouissent, eux, d'aucun fondement textuel. Ils sont pourtant très rapidement évoqués et utilisés par le juge international. L'analyse de la jurisprudence internationale révèle en ce sens que ces principes sont conçus comme des fondements du droit international (A.). Leur généralité, entendue matériellement, peut alors conduire le juge à les faire primer sur des sources formelles, favorisant ainsi l'intégration de l'ordre juridique international (B.).

<sup>101</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international...*, op. cit., p. 235.

<sup>102</sup> KOSKENNIEMI (M.), « *General principles : Reflexions on Constructivist Thinking in International Law* », op. cit., p. 381.

<sup>103</sup> On doit toutefois relever que dans la décision *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour utilise presque un principe général de droit reconnu par les nations civilisées comme motif, en considérant que « le Portugal aurait pu fonder sa prétention à un droit de passage pour ces catégories sur la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (*Recueil 1960*, p. 44). La double mention de la coutume et des principes généraux de droit confirme néanmoins que les principes généraux de droit seuls ne sauraient suffire à soutenir la position du juge international (en ce sens, DEGAN (V. D.), *Sources of International Law*, op. cit., p. 58). La qualification sur le fondement de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut n'est quant à elle pas injustifiée, si l'on considère les pratiques nationales qui admettent un droit d'usage au bout d'une certaine période de répétition d'une pratique (voir sur ce point, la Réplique du gouvernement portugais de juillet 1958, pp. 543-548. Disponible sur le site de la Cour : <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/9116.pdf>).

<sup>104</sup> THIRLWAY (H.), « *The Law and Procedure of the ICJ, 1960-1989 : General Principles and Sources of Law* », *B.Y.I.L.*, vol. 61, 1990, pp. 110-111.

## A. Les principes généraux du droit international, des normes structurantes de l'ordre juridique international

Dans ses décisions, le juge international emploie les principes généraux du droit international comme motif ; il s'en sert donc comme soutien de sa décision. Cela s'explique par les caractéristiques de ces principes puisque le juge les déduit en effet des sources classiques du droit international qu'il systématise (1.). L'affirmation de principes généraux du droit international aux côtés des principes généraux de droit prend alors sens ; le dualisme des principes généraux correspond en fait à la consécration par le juge d'une certaine structuration (d'inspiration volontariste) de l'ordre juridique international (2.).

### 1. Les principes généraux du droit international, des fondements de l'ordre juridique international déduits des sources classiques de ce droit

Les principes généraux du droit international sont évoqués et définis dès 1927 dans l'affaire du *Lotus*, opposant la France à la Turquie. À cette occasion, la Cour permanente de Justice internationale, adoptant une conception pour le moins extensive de la notion, les assimile au « droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »<sup>105</sup>. Dans cette première définition, la Cour met en avant l'idée que ces principes sont partie intégrante du droit international. Elle semble également sous-entendre que ces principes sont dégagés à partir des supports classiques du droit international (traités et coutumes). Si ces premiers constats s'imposent d'évidence, ils ne sont en eux-mêmes pas suffisants pour qualifier précisément ces principes. D'autant plus que les juges et arbitres internationaux ont multiplié les appellations. Si la mention de « principes du droit international » ou des « principes du droit international coutumier » ne semble pas introduire de modification substantielle avec les principes généraux du droit international, en ce que ces catégories renvoient sans peine à un sous-bassement commun – les sources formelles classiques du droit international desquelles ils sont dégagés – propre à l'ordre juridique international, celle des « principes du droit humanitaire » a pu sembler plus problématique. Elle ne renvoie en effet pas explicitement à l'une des deux sources principales du droit international tandis que la généralité de ces principes peut prêter à discussion. La jurisprudence a toutefois progressivement éclairci les équivoques ; plusieurs décisions peuvent ainsi être avancées qui permettent de penser que ces principes sont rattachables aux principes généraux du droit international. La Cour internationale de Justice a tout d'abord affirmé qu'elle les déduisait en procédant à une systématisation des dispositions des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949<sup>106</sup>, procédant donc de la même manière que pour les principes généraux du droit international. Si le lien entre les deux catégories n'est alors qu'implicite, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a quant à lui explicitement considéré que les principes du droit humanitaire sont devenus des principes généraux du droit international<sup>107</sup>. La Cour internationale de Justice a, de son côté, estimé que les principes de droit humanitaire avaient un caractère *erga omnes*, conformément à l'idée que les principes

<sup>105</sup> « Lotus » (France c. Turquie), préc., pp. 16-17.

<sup>106</sup> Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), préc., pp. 113-114, §§ 218 et 220.

<sup>107</sup> Le Procureur c. KUPRESKIC et consorts (Jugement), Chambre de première instance du T.P.I.Y., Arrêt du 14 janvier 2000, Aff. n° IT-95-16-T, p. 216, § 527.

généraux du droit international, en ce qu'ils procèdent d'une systématisation, jouissent d'une portée qui dépasse le cadre conventionnel<sup>108</sup>, confirmant ainsi que les principes du droit international comprennent les « principes du droit humanitaire ». L'ensemble des principes généraux du droit international présente ainsi la caractéristique commune d'être dégagés par une systématisation des normes expresses du droit international.

Aussi, faut-il préciser le rapport qui se tisse entre les principes généraux du droit et les sources formelles en droit international public. Celui-ci peut être modélisé de la façon suivante. À la suite de M. KOSKENNIEMI, il est possible de distinguer trois « systèmes normatifs »<sup>109</sup> : le premier, que cet auteur nomme S<sup>1</sup>, recouvre la totalité des normes posées par le législateur, le second, S<sup>2</sup>, comprend la totalité des normes appliquées dans la pratique juridique, tandis que le troisième, S<sup>3</sup>, est composé de la totalité des normes justifiées par l'« environnement théorique » de l'interprète international<sup>110</sup>. S<sup>2</sup> et S<sup>3</sup> résultent alors de constructions. Le système S<sup>2</sup>, composé uniquement de normes juridiques, comprend ainsi non seulement les normes écrites (comme S<sup>1</sup>) mais également les normes non écrites (quelque soit leur appellation) dégagées par l'interprète ; malgré cet ajout par rapport à S<sup>1</sup>, il demeure toutefois objectivement appréhendable<sup>111</sup>. Le système S<sup>3</sup> se différencie quant à lui des deux autres par sa dimension subjective et téléologique ; il correspond en effet à une relecture par l'interprète de l'ordre juridique dans lequel il œuvre en fonction de la conception générale qu'il s'en fait. En ce sens, S<sup>3</sup> peut fusionner avec S<sup>1</sup> ou S<sup>2</sup>, mais ne saurait s'y limiter puisqu'il résulte d'une politique d'interprétation. Rapportés au droit international, S<sup>2</sup> et S<sup>3</sup> ne peuvent être réduits à la volonté des États ; l'activité normative internationale semble dès lors dépasser cette sphère. Si l'on rapproche cette construction de l'opposition source (formelle)/fondement du droit, on peut alors en déduire que, d'un point de vue statique, les sources formelles relèvent de S<sup>1</sup> tandis que les fondements du droit en tant que tels appartiennent à S<sup>3/112</sup>. D'un point de vue dynamique, les fondements, expression de considérations extra-normatives, se transforment en normes par l'interprétation du législateur, qui les incorporent à S<sup>1</sup> ou par celle du juge ; ils intègrent alors S<sup>2</sup>. Les principes généraux du droit international sont en ce sens le résultat d'un processus dynamique par lequel le juge, s'inspirant du contenu des sources formelles du droit, affirme des normes les dépassant. Le juge extrait donc de S<sup>1</sup> les éléments qu'il estime relever de S<sup>3/113</sup> et les consacre en S<sup>2</sup>. Comme il a déjà été vu, dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour internationale de Justice déduit ainsi les « principes généraux du droit humanitaire » d'une lecture systématique des quatre

<sup>108</sup> Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, préc., p. 23.

<sup>109</sup> KOSKENNIEMI (M.), « *General principles : Reflexions on Constructivist Thinking in International Law* », *op. cit.*, pp. 393 et suivantes.

<sup>110</sup> Bien que constructiviste, la présentation de M. KOSKENNIEMI, en utilisant l'expression « *background theory* », renvoie ici à la théorie d'arrière-plan défendue par R. DWORKIN, selon laquelle le travail de tout juge est fonction de ses conceptions de la justice, de l'équité et de leur articulation avec les « normes publiques en leur ensemble » (DWORKIN (R.), « La chaîne du droit », *Droits et Société*, 1985, 1, pp. 61-98, part. pp. 82-84). L'« environnement théorique » de l'interprète international doit en ce sens être entendu comme l'ensemble des normes juridiques et des considérations d'ordre moral et politique, qui conditionnent son travail et lui permettent, en dépassant les seules sources formelles du droit, d'influer sur l'ordre juridique dans lequel il intervient.

<sup>111</sup> Il est en effet *a priori* possible d'établir la liste des normes appliquées et de les distinguer à raison de leur forme (normes écrites d'un côté, normes non écrites de l'autre).

<sup>112</sup> « *General principles may be seen as norms or statements about norms. From both aspects, they can be studied in relation to a background theory which seeks to explain the legal order as a meaningful whole* », *ibid.*, pp. 395-396.

<sup>113</sup> En cela, le juge travaille à rebours du législateur. Celui-ci, doté de la capacité d'édicter des dispositions (source formelle au sens de *negotium*), établit des textes normatifs censés concrétiser les fondements du droit ; sa démarche est donc déductive. Le juge de son côté part des sources formelles (*instrumentum*), pour affirmer, au terme d'une démarche inductive, ce que sont les fondements du droit.

Conventions de Vienne du 12 août 1949<sup>114</sup> tandis que, dans l'affaire *Timor oriental*, elle déduit l'opposabilité *erga omnes* du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes de la Charte des Nations-Unies<sup>115</sup>. La systématisation ainsi opérée est alors justifiée par la particulière importance (entendue matériellement) des principes dégagés dans la structuration de l'ordre juridique international. Les principes généraux du droit international participent en ce sens à l'affirmation **par le juge international** de la spécificité ontologique de cet ordre juridique, dont ils constituent des fondements.

Cette fonction particulière des principes généraux du droit international se traduit dans la jurisprudence internationale. Là où les principes généraux de droit permettent au juge de maîtriser son office, les principes généraux du droit international servent quant à eux de motif à la décision rendue. Ainsi, dès son premier arrêt relatif à l'affaire *Détroit de Corfou* (1949), la Cour internationale de Justice fonde sa décision (condamnation de l'Albanie) sur le manquement par le gouvernement albanais à ses obligations découlant « non pas [de] la Convention de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais [de] *certaines principes généraux et bien reconnus*, tels que les considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »<sup>116</sup>. Selon une technique identique, la Cour condamne, dans la décision *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (1986), la distribution par les Américains d'un manuel sur les opérations psychologiques, comme étant contraire aux « principes généraux du droit humanitaire »<sup>117</sup>. La même année, elle tranche le différend frontalier entre le Burkina-Faso et le Mali en se fondant sur le principe de l'*uti possidetis juris*<sup>118</sup>. Plus récemment, la Cour règle le différend entre le Portugal et l'Australie au sujet du Timor oriental (1995) en se fondant sur le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>119</sup>, qu'elle rattache au principe de l'égalité de droit des peuples. Nul n'est encore besoin de multiplier les exemples pour constater que les principes généraux du droit international constituent des motifs, sur lesquels les juges internationaux fondent leur décision. Il s'agit donc de normes dont tant le mode d'affirmation que la fonction jurisprudentielle mettent en avant la dimension matérielle ; les principes généraux du droit international expriment des lignes de force de l'ordre juridique international que le juge dégage afin de le renforcer. La visée est donc largement différente de celle de l'invocation des principes généraux de droit, qui servent d'éléments structurant la compétence du juge. Leurs champs diffèrent ainsi substantiellement.

## 2. Le dualisme des principes généraux, consécration d'une certaine structuration de l'ordre juridique international par le Juge

Si l'approche constructionniste de la jurisprudence internationale permet d'explicitier la différence entre principes généraux de droit et principes généraux du droit international,

---

<sup>114</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), préc., pp. 113-115, §§ 218-220.

<sup>115</sup> *Timor oriental* (Portugal c. Australie), Arrêt du 30 juin 1995, C.I.J., *Recueil 1995*, p. 102, § 29.

<sup>116</sup> *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), Arrêt du 9 avril 1949, C.I.J., *Recueil 1949*, p. 22. Nous soulignons.

<sup>117</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), préc., pp. 129-130, §§ 255-256.

<sup>118</sup> Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), Arrêt du 22 décembre 1986 (fond), C.I.J., *Recueil 1986*, pp. 565-567, §§ 20-26.

<sup>119</sup> *Timor oriental* (Portugal c. Australie), préc., p. 102, § 29.

elle questionne par ailleurs le rattachement des premiers à la notion de source du droit. Contrairement aux deux autres sources formelles du droit international (traités et coutumes), les principes généraux de droit ne sont en effet jamais utilisés comme motif, c'est-à-dire comme support juridique de la décision, le juge préférant en effet dans ce cas recourir à des principes généraux du droit international, déduits des conventions ou des coutumes internationales. Un tel constat peut néanmoins être éclairé en recourant à nouveau à la construction doctrinale de M. KOSKENNIEMI. Dans ce cadre, les principes généraux de droit, contrairement aux deux autres sources formelles mentionnées à l'article 38 du Statut, ne peuvent pas intégrer S<sup>1</sup>, puisqu'ils ne sont pas posés par le « législateur ». À quel « système normatif » peut-on alors les rattacher ? D'un point de vue statique, les principes généraux de droit relèvent de S<sup>2</sup>, puisqu'ils sont des normes implicites, dont l'existence est expressément prévue par l'ordre juridique. D'un point de vue dynamique, les principes généraux de droit sont déduits de S<sup>3</sup>, et s'expriment en S<sup>2</sup>. Il faut alors relever que si S<sup>2</sup> est commun aux différents types de principes généraux, leurs environnements S<sup>3</sup> diffèrent. Pour les principes généraux de droit, il est, ainsi qu'il a été vu, constitué de l'ensemble des systèmes juridiques internes tandis que celui des principes généraux du droit international repose sur les éléments propres à l'ordre juridique international. Les principes généraux de droit constituent ainsi des sources du droit particulières en ce qu'elles n'ont pas de contenu prédéterminé, celui-ci dépendant de l'interprétation faite des données de S<sup>3</sup> par le juge. Sur ce point, les principes généraux de droit se différencient donc des principes généraux du droit international, dont le contenu résulte d'une systématisation des normes objectives (S<sup>1</sup>) en fonction de considérations extra-juridiques propres à l'ordre juridique international (S<sup>3</sup>). L'environnement théorique des principes généraux du droit international apparaît ainsi davantage circonscrit et fondé sur des normes acceptées par les États. Aussi, la particularité de l'environnement théorique des principes généraux de droit<sup>120</sup> explique-t-elle pourquoi ces principes ne sont pas utilisés comme motif par le juge international ; celui-ci préfère fonder ses décisions sur un environnement théorique propre à l'ordre juridique international.

Le dualisme des principes en droit international résulte ainsi des réminiscences de la structuration originaire de l'ordre juridique international, que le juge semble avoir intégré à sa jurisprudence. Loin de rompre avec la conception volontariste du droit international, elle s'en accommode en faisant de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut une clause lui permettant de contrôler sa compétence tandis que le recours aux principes généraux du droit international lui permet d'opérer une systématisation de règles expresses, c'est-à-dire de créer des normes matérielles objectives qu'il peut faire primer sur les sources formelles du droit. On peut alors remarquer que, dans ce cas, le juge adopte une démarche « ascendante »<sup>121</sup>, partant des sources pour affirmer les fondements du droit international, et non pas l'inverse (ce qui pourrait pourtant paraître *a priori* plus logique).

Il semble par ailleurs que l'affirmation du dualisme des principes ait récemment permis au juge international, non seulement de juridictionnaliser son œuvre, mais également d'affirmer sa position *contre* la volonté des États. Si l'on considère que les principes généraux du droit international sont caractérisés par le primat de leur dimension matérielle sur leur support, on peut alors penser, à l'instar de Pierre BRUNET quand il envisage les principes

<sup>120</sup> Il s'agit de normes déduites des droits internes et articulées en fonction d'une certaine conception du travail et de la compétence du juge international.

<sup>121</sup> BRUNET (P.), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, 39, 2004, p. 216.

généraux du droit en droit administratif français<sup>122</sup>, que les principes sont des normes générales, comprises matériellement, qui viennent déroger aux sources formelles classiques dont le contenu leur est contraire. Dès lors, le principe général du droit apparaît comme une manière pour le juge international de « juger les sources » qu'il est censé appliquer, puisqu'il oppose leur contenu à celui de normes matérielles plus générales au nom d'une certaine conception de l'ordre juridique international, caractérisée par l'idée de justice (incarnée dans la promotion du droit des Droits de l'Homme *lato sensu*) et de plus grande intégration normative. En ce sens, le principe général du droit, s'il est déduit de normes expresses, apparaît néanmoins comme un moyen pour le juge de faire prévaloir sa volonté sur celle des États, en affirmant une norme propre à l'ordre international qui prime sur les traités et/ou les coutumes. On comprend alors d'autant mieux pourquoi le juge accorde tant d'intérêt et d'importance à ses sources d'inspiration et privilégie les normes internationales à celles déduites, après analogie, des systèmes juridiques internes. Dans ce cas, le juge semble en effet juger les sources formelles du droit international à l'aune de ses fondements, établissant ainsi une articulation entre sources formelles et matérielles du droit qui lui permet de favoriser l'intégration de l'ordre juridique international.

#### B. Les principes généraux du droit international, un moyen pour le juge de favoriser l'intégration de l'ordre juridique international

Les principes généraux du droit international se distinguent donc des principes généraux de droit, en ce qu'ils apparaissent comme des fondements du droit international général. Ces principes participent ainsi à structurer l'ordre juridique international afin d'en permettre non seulement l'épanouissement mais également la stabilisation. On peut alors noter que si le juge détient le monopole de la « découverte » des principes généraux de droit, d'autres organes peuvent affirmer des principes généraux du droit international, parmi lesquels l'Assemblée générale des Nations-Unies occupe la place principale. Outre la Charte des Nations unies, l'Assemblée générale a ainsi énoncé l'importance de sept principes<sup>123</sup> « afin de favoriser la coexistence pacifique entre les peuples »<sup>124</sup>. Cette pluralité des auteurs implique dès lors un nécessaire « dialogue » entre les différents organes internationaux dans l'agencement de l'ordre juridique international. D'un point de vue normatif, cela se traduit dans les rapports qu'entretiennent les principes généraux du droit international et les sources formelles du droit, comprises non plus comme *negotium*, mais comme *instrumentum*.

Confrontée à cette question, la Cour internationale de Justice a tout d'abord considéré, dans son avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951), que « les principes qui sont à la base de la Convention [des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien

---

<sup>122</sup> BRUNET (P.), « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, pp. 207-221, part. pp. 217-221.

<sup>123</sup> Ces sept principes sont (1°) le principe du règlement pacifique des différends, (2°) le principe de l'égalité souveraine des États, (3°) le principe de la non-intervention, (4°) le principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples, (5°) le principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales, (6°) le devoir de coopération et (7°) le principe de bonne foi dans l'accomplissement des obligations.

<sup>124</sup> Résolution n° 1815 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations unies, reprise dans la résolution n° 1860 (XVIII) du 16 décembre 1963, *AFDI*, 1966, p. 307 et dans la Déclaration relative aux principes de droit international portant sur les relations et coopération amicales entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970 (n° 2625 (XXV)).

conventionnel »<sup>125</sup>, avant d'admettre la valeur *erga omnes* des droits et obligations contenus dans la Convention<sup>126</sup>. Elle a également considéré que « le principe de prohibition de l'emploi de la force [...] est accepté par les États comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit »<sup>127</sup>. Ces principes auraient ainsi une portée qui dépasse leurs supports formels et constitueraient de véritables sources *matérielles* du droit international. En ce sens, le président SINGH, s'il partage la position de la Cour<sup>128</sup>, va également plus loin qu'elle, en estimant qu'il faut que « toutes les sources de droit mentionnées à l'article 38 du Statut soient *compatibles* avec [ce] grand principe juridique »<sup>129</sup>. La Cour internationale de Justice<sup>130</sup> a paru partiellement rejoindre ce point de vue, à propos du droit des Droits de l'Homme et des principes de droit humanitaire. Elle a ainsi tout d'abord considéré, dans son avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996), « qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des "considérations élémentaires d'humanité", [...] qu'elles] *s'imposent* [...] à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des *principes intransgressibles* du droit international coutumier »<sup>131</sup>, avant d'en déduire, dans son avis consultatif *Mur en Palestine* (2004), que ces règles « incorporent des obligations revêtant par essence un caractère *erga omnes* »<sup>132</sup>. La systématisation opérée par le juge international pour affirmer les principes généraux du droit international lui permet donc d'en déduire des normes impératives, qu'il peut imposer aux États<sup>133</sup>. Par ailleurs, l'admission de normes ayant une valeur *erga omnes* est également l'occasion pour le juge de préciser la portée normative des principes généraux du droit international. Si leur généralité signifie classiquement qu'ils s'imposent contre la volonté des États<sup>134</sup>, la précision de la valeur *erga omnes* de certains principes dans le corps de la décision

<sup>125</sup> Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, préc., p. 23.

<sup>126</sup> Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro), Arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires), C.I.J., *Recueil* 1996, p. 616, § 31.

<sup>127</sup> Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), préc., p. 100, § 190.

<sup>128</sup> « Si l'on rejette l'idée que la Charte est la base de ce concept, cela n'empêche pas ce dernier de continuer à exister. Il y a une explication évidente à cela : l'élément coutumier qui a évolué grâce à son développement dans le droit conventionnel est devenu la notion moderne de droit international en la matière, que cette notion soit tenue pour coutumière, vu ses origines, ou pour l'un des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" », Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), préc., opinion individuelle SINGH, p. 152.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 153. Nous soulignons.

<sup>130</sup> De manière implicite, le juge TANAKA sous-entendait dès 1966 la valeur impérative du droit des Droits de l'Homme qu'il rattachait au *jus cogens*, Sud-Ouest Africain (Seconde phase), préc., opinion dissidente TANAKA, p. 298.

<sup>131</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J., *Recueil* 1996, p. 257, § 79. Nous soulignons.

<sup>132</sup> Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, préc., p. 136, § 157.

<sup>133</sup> Pour un autre exemple, voir la décision *Timor oriental* (préc., § 29), dans laquelle la Cour considère que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes*.

<sup>134</sup> Le Procureur c. FURUNDZIJA, Arrêt du 10 décembre 1998, préc., § 153 : « Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortit au domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire". La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative ».



indique que ceux-ci ne peuvent connaître ni dérogation<sup>135</sup>, ni conciliation. Il s'agit en cela de normes impératives, grâce auxquelles le juge fait prévaloir une sorte d'ontologie minimale propre à l'ordre juridique international sur toutes les autres considérations. Ce deuxième type de principes, dotés d'une valeur impérative, confirme alors l'idée selon laquelle les principes généraux du droit sont des normes définies à titre principal d'un point de vue matériel et permettant au juge de faire prévaloir son point de vue sur les sources formelles du droit. Les qualifications juridiques employées confirment ainsi que les principes généraux du droit international sont « des règles générales qui dominent les rapports de tous les États et qui sont constitutives pour l'ordre de cette communauté »<sup>136</sup>.

Si la position du président SINGH semblait induire une hiérarchie entre les sources formelles et les principes généraux du droit international au sein de laquelle les principes généraux du droit international occuperaient la place la plus élevée, la Cour n'établit pas, quant à elle, une telle hiérarchie qui paraît difficile à soutenir. Celle-ci ne serait en fait possible qu'à la condition que les principes généraux du droit international puissent selon les cas soit être rattachés à la catégorie des « principes constitutionnels »<sup>137</sup>, soit s'inscrire dans le *jus cogens*<sup>138</sup>. Tel ne semble pas être le cas puisque l'ensemble des principes généraux du droit ne peuvent satisfaire à l'une ou l'autre des catégories. Les principes constitutionnels, s'ils sont les plus connus (bonne foi, *Pacta sunt servanda*...), sont bien loin d'épuiser les principes généraux du droit international. De leur côté, seuls les principes généraux qualifiés d'*erga omnes* dans le corps de la décision peuvent prétendre à une telle intégration tandis que les autres n'en relèvent manifestement pas<sup>139</sup>. Aussi, plutôt qu'une hiérarchie des normes, calquée sur le modèle étatique et dont l'existence n'a pas grand sens en droit international<sup>140</sup>, la jurisprudence internationale témoigne de la manière dont les juridictions internationales participent à l'affirmation et à l'intégration d'un ordre juridique particulier, caractérisé par des valeurs propres, incarnées dans la notion de principe général du droit international. Ce type de principes, consacré comme un fondement du droit international, apparaît ainsi comme un outil grâce auquel le juge structure l'ordre juridique international. À cette aune, la présence quantitativement marquée des principes généraux du droit international dans la jurisprudence prend sens. Elle correspond en effet à la promotion-consécration par la Cour des éléments caractéristiques de l'ordre juridique dans lequel elle œuvre.

\* \* \*

Au terme de ces développements, il apparaît impossible de confondre, pas plus que d'assimiler, les deux catégories de principes généraux en droit international. Les principes généraux de droit sont en effet quasi exclusivement des règles de compétence permettant au juge de maîtriser les conditions de son intervention tandis que les principes généraux du droit international constituent de véritables règles de fond, fournissant aux juges internationaux les

---

<sup>135</sup> Conformément à la vision du *ius cogens* défendue par Robert KOLB, in « Théorie du *ius cogens* international », *R.B.D.I.*, 2003-1, pp. 30-33.

<sup>136</sup> KAUFMANN, « Règles générales du droit de la paix », *Rec. des Cours*, t. 54, 1934, p. 313 cité in VITANYI (B.), « La signification de la "généralité" des principes de droit », *op. cit.*, p. 543.

<sup>137</sup> Il s'agirait donc de principes dont la présence est « axiomatique, c'est-à-dire qu'aucune preuve inductive ne peut leur être administrée ; ils constituent eux-mêmes une base pour d'éventuelles déductions », KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public*..., *op. cit.*, p. 57.

<sup>138</sup> Sur ce point, voir KOLB (R.), *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture d'un concept*, Paris, P.U.F., 2001 (Préface de G. ABI-SAAB), pp. 98-124.

<sup>139</sup> Ainsi que l'illustre, par exemple, le principe de la libre communication maritime, Détroit de Corfou (Royaume-Uni – Albanie), préc., p. 22.

<sup>140</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international*..., *op. cit.*, p. 134.

motifs nécessaires pour soutenir leurs décisions. Même si la formulation des juges et arbitres internationaux prête parfois à confusion, cette assimilation est d'autant moins envisageable qu'elle conduit à confondre les fondements du droit international avec ses sources. Ce que l'on ne saurait accepter. En insistant peut-être plus que dans les autres ordres juridiques sur l'importance des principes, le Juge international rappelle que tout droit est un discours en forme particulière. Or, comme dans tout discours, on ne peut user des termes sans respecter leur signification ; faute de quoi, règne la confusion. Sans doute les acteurs du droit international devraient-ils en tenir davantage compte quand ils invoquent l'existence des différents principes. La construction d'un ordre juridique international intégré, cohérent et lisible est sans doute à ce prix.